

A CONCEPÇÃO *PLURALÍSTICA* E A CONSIDERAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA COMO UNIDADE OU PLURALIDADE DE INFRAÇÕES PENAIS.

LUIZ ANTONIO CÂMARA

Professor Titular de Processo Penal do Curso de Direito do
UNICURITIBA (graduação, Especialização e Mestrado).
Mestre em Direito Público e Doutor em Direito
das Relações Sociais pela UFPR.
Advogado criminal.

1.Introdução.2.Natureza Jurídica do Crime Continuado.2.1 Concepção da Continuidade Delitiva como Unidade Real.2.1.1 Unidade Natural.2.1.2 Unidade Jurídica.2.2.1 Concepção da Continuidade Delitiva como Unidade Fictícia. 2.2.2 Concepção Pluralística da Continuidade Delitiva. 3. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A falta de uma definição dogmática para o crime continuado tem oferecido margem a uma série de intrincados problemas. Entre eles podem ser destacados a natureza jurídica, os fundamentos, a existência de um elemento subjetivo, a tipificação aberta e o preenchimento dos elementos objetivos, a admissão ou não do regime privilegiado nos crimes vulneradores de bens eminentemente pessoais, etc.

O primeiro dos problemas destacados (a natureza jurídica do instituto) é objeto deste trabalho. Aqui serão apreciadas as diversas teorias existentes, com demonstração de qual é a atualmente dominante.

Sintetizando o tema que adiante passa a ser desenvolvido, trata-se de saber se o crime continuado é uma unidade *real*, existindo naturalisticamente ou se, diferentemente, trata-se de concepção legislativa consubstanciada em *ficção*, ou, ainda de *realidade legal*. A discussão gira em torno de definir se a continuação de crimes é um único crime conforme os princípios gerais ou uma unificação legislativa em derrogação a tais princípios ou, ainda, uma pluralidade de crimes¹.

Trata-se, nas páginas seguintes, da natureza jurídica do crime continuado, ou seja, da sua sistematização formal frente ao concurso de crimes², que, por muito tempo, propiciou a existência de um longo e aceso debate doutrinário. Conforme o magistério de ROBERTA RISTORI tal guarda importância não somente em razão de exigências classificatórias ou de enquadramento dogmático, mas, também, em função de que da solução dada ao problema derivam importantes consequências no plano da disciplina jurídica do crime continuado³.

Objetiva-se, com o presente trabalho oferecer visão panorâmica acerca das posturas mais modernas relacionadas à natureza jurídica do crime continuado e a posição que se tem adotado relativamente às consequências decorrentes da visualização da continuidade como unidade ou pluralidade de infrações penais.

Para atingir o desiderato lançado far-se-á abordagem compreensiva do tema inclusive no direito estrangeiro (destacadamente o italiano, onde as discussões acerca da natureza jurídica do crime continuado sempre foram intensas). Ao final, chegando à *concepção pluralística da continuidade*

¹ PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*. Parte Generale. Milão: Giuffrè, 1996, p. 611.

² MORO, Aldo. *Unità e Pluralità di Reatti*. Pádua: CEDAM, 1954, p. 209.

³ RISTORI, Roberta. *Il Reato Continuato*. Pádua: CEDAM, 1988, pp. 89/90.

de *delitiva*, verificar-se-á se há coerência entre o direito judicial brasileiro e tal teoria atualmente prevalente no âmbito do crime continuado.

2 NATUREZA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO

Existem, a respeito, basicamente, duas teorias: a da *unidade real* (concepção realística) e a da *ficção jurídica* (concepção ficcionista). Na seqüência histórica, surgiu uma teoria intermédia: a da *unidade jurídica*. Esta, contudo, vai aqui considerada como desdobramento da teoria da unidade.

Insista-se, contudo que, modernamente, a superação das diversas teorias faz com que se veja na discussão um problema de importância decrescente. Hoje se revela menos significativa a polêmica doutrinária acerca do caráter *unitário* ou *plúrimo* do crime continuado, pois sua relevância jurídico-normativa não pode decorrer de um referencial ontológico e nem de sua natureza jurídica⁴. Essa tendência já era intuída por SAUER e CORREIA, que já haviam abandonado as teorias, por desimportantes⁵.

O debate entre as teorias pode, de forma singela, ser assim sintetizado: se admitidas as teorias da unidade, disso decorre que o crime continuado deve ser tratado como crime único para todos os efeitos⁶ e, adotada a teoria da ficção, o tratamento se dá a título de pluralidade para alguns efeitos e de unidade para outros.

Passa-se, então, ao exame das teorias existentes acerca do tema, deixando-se de abordar teorias que tiveram pouca ou nenhuma repercussão⁷.

⁴ FIORE, Carlo. *Diritto Penale*: Parte Generale. Turim: UTET, 1996, p. 145.

⁵ MACHADO, LUIZ A. *Direito Criminal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 170.

⁶ A propósito, refutando a teoria da ficção, CHOCLÁN MONTALVO afirma: "Não constituindo a continuidade delitiva uma ficção, não se vê razão para limitar seus efeitos às consequências favoráveis ao réu." (CHOCLÁN MONTALVO, José A. *El Delito Continuo*. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 137).

⁷ Assim, por exemplo, SABATINI para quem a o crime continuado constitui um *tertium genus*, distinguindo-se do crime único e do concurso de crimes e a teoria intermédia ou eclética de CANTARERO BANDRÉS (que entrelaça realidade natural e realidade jurídica). V., mais explicitamente sobre tais teorias, CHOCLÁN MONTALVO, *op. cit.*, p. 139.

2.1 CONCEPÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA COMO UNIDADE REAL

2.1.1 Unidade natural

Os defensores desta primeira teoria sustentam que a multiplicidade de violações da norma jurídica forma uma unidade natural, efetiva, um ato único na sua essência. Assim, no plano fenomênico ou ontológico a continuidade é expressiva de uma única infração penal. Pertencem a tal corrente, entre outros, na Itália, ALIMENA, IMPALOMENI, FLORIAN, PISAPIA, PUNZO e De MARSICO⁸. Entre os autores nacionais LYRA, GARCIA, BRUNO e, ao que tudo indica TORNAGHI⁹. Este último, ao tratar da fixação da competência por conexão ou continência, afirma em relação à instauração de vários processos para a verificação de crimes continuativos que “sendo os fatos subseqüentes continuação dos antecedentes, há um só crime, continuado, e não conexão ou continência de crimes”.

Entre os autores que vêem na continuidade uma unidade real há alguns radicalismos. Refere-se até que constituiria mesmo uma realidade natural, como acontece com SANTAMARIA sublinhando que o crime continuado constitui uma realidade natural (ANTOLISEI-CONTI, 1987, p. 453)¹⁰.

Conforme o magistério de GIOVANI LEONE, entre os autores peninsulares, IMPALOMENI, partidário da teoria da unidade efetiva, sustenta ser o crime continuado essencialmente único e não unidade fictícia decorrente da consideração do texto legal. Frisa, não obstante, ser a existência de uma unidade jurídica que impossibilita a cisão da continuidade em partes¹¹.

⁸ Cf. ENRICO MARIO AMBROSETTI, *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Pádua, CEDAM, 1991, p. 5.

⁹ Tal autor, ao tratar da fixação da competência por conexão ou continência, afirma em relação à instauração de vários processos para a verificação de crimes continuativos: «Sendo os fatos subseqüentes continuação dos antecedentes, há um só crime, continuado, e não conexão ou continência de crimes.» (*Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 123).

¹⁰ ANTOLISEI-CONTI, de quem se retirou a passagem, afirmam causar perplexidade uma tal posição: «Il SANTAMARIA, nello scritto richiamato nella nota bibliografica, va più in là e sostiene che il reato continuato costituisce una realtà naturale, il che lascia perplessi.» (*in Manuale di Diritto Penale*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 453).

¹¹ *Istituzioni di Diritto Penale*, Turim, UTET, 1921, p. 467, citado por LEONE, op. cit., p. 308.

Defendendo também a existência de unidade, mas partindo de embasamento diferente, se encontram outros doutrinadores. Assim, ALIMENA insiste energicamente em favor da unidade real, afirmando constituir o crime continuado um só delito e não tantos crimes quantas são as ações, em face de que as várias e contínuas consumações não são mais que os diversos momentos durante os quais atua uma só e única resolução criminosa¹². Também para De MARSICO, em razão da unidade de fim cada infração perde sua autonomia para tornar-se um fragmento do conjunto¹³.

Alguns autores fazem decorrer a unidade do texto legal (IMPALOMENI). Outros fazem-na derivar da unidade de resolução (ALIMENA, De MARSICO). Uns e outros nunca estiveram imunes a críticas. Porém, na doutrina, na jurisprudência e, mesmo na legislação recente, seus argumentos não têm mais qualquer eco. Veja-se:

Os primeiros buscavam ancoragem à sua sustentação no conteúdo da própria lei vigente, a especificar que as diversas infrações ligadas pelo vínculo da continuação «se consideram como um só crime». Tal argumento nunca foi considerado convincente o bastante. Enterrando-o, definitivamente, a reforma no concurso de infrações penais levada a termo na Itália em 1974, suprimiu a expressão do texto legal. Tal supressão parece sufragar a tese daqueles que vêem no crime continuado uma verdadeira pluralidade de infrações¹⁴.

¹² Assevera este doutrinador: «Qui si incontra un reato solo e non tanti reati quante sono le azioni, perchè le varie e continue consumazioni non sono che i diversi momenti, durante i quali si attua una sola e unica risoluzione criminosa. Il reato continuato è unico, benchè ognuna delle sue parti, isolatamente presa, sia un reato in sè. Quindi, per noi non si tratta di unicità fittizia e giuridica, ma si tratta di unicità reale e naturale, perchè se ogni azione successiva può, materialmente, considerarsi come un reato a sè, nondimeno ognuna di esse non è che un episodio di una consumazione sola, che tutte le abbraccia e tutte le comprende.» (Del concorso di reati e di pene, in Enciclopèdia del Diritto Penale de PESSINA, vol. V, n. 13, pp. 403-404, citado por LEONE, Giovanni. *Del Reato Abituale, Continuato e Permanente*. Napoli: Nicola Jovene, 1933, p. 308).

¹³ A posição de tal autor é resumida por ALDO MORO (*Unità e pluralità di reati*, cit. p. 210).

¹⁴ A propósito, contra, FIANDACA-MUSCO, para os quais o argumento aqui esgrimido não parece decisivo. Afirmam que a supressão constituiu mais o efeito involuntário de um retoque linguístico do que o resultado de uma escolha precisa e deliberada (FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*: Parte Generale. Bolonha: Zanichelli, 1996, p. 611). Mesmo após a Reforma de 1974 e com a supressão referida, há autores que ainda vêem no crime continuado uma unidade real. Assim, ANTOLISEI-CONTI, op. cit., p. 454, quando asseveram: «E poichè l'argomento determinante a sostegno della teoria dell'unità reale viene così ravvisato nel legame ideologico, immutato anche nella nuova formulazione, non ci sembra che l'essere venuto meno un riferimento espresso alla considerazione unitaria delle diverse violazioni porti elementi decisivi capaci di indurre all'abbandono dell'opinione suddetta.» (op. cit., p. 454.).

Os outros autores citados fincam sua defesa na unidade de elemento subjetivo que abarcaria todas as infrações, transformando-as numa só. Adiante se volta ao seu magistério. Por ora, observe-se que alguns autores brasileiros, adeptos da unidade, adotam o mesmo referencial, embora falte previsão legal da existência do elemento interno unificador no Direito brasileiro vigente desde 1940.

No Brasil, entre os autores do Código Penal de 1940, merece destaque a posição de ROBERTO LYRA¹⁵.

Discorrendo sobre as três teorias posiciona-se dito autor em favor da teoria da unidade real¹⁶.

Também é adepto da teoria da unidade real, ANÍBAL BRUNO, frisando que cada uma das resoluções seqüenciais é mero desdobramento da resolução antecedente total¹⁷.

¹⁵ Veja-se a propósito a seguinte esclarecedora passagem de sua obra: «Abona a teoria da unidade real a consideração de que cada um dos fatos, isoladamente, é um crime perfeito, constituindo, porém, a manifestação parcial da intenção. Esta funde os crimes distintos numa só consciência dirigida para a realização do mesmo propósito, da mesma determinação fundamental da vontade. As determinações especiais, que acompanham cada momento de atuação, estão unificadas pelo ato volitivo que as gerou. Daí a tradicional distinção entre unidade de resolução e identidade de intenção. Os atos sucessivos obedecem a seqüência natural, formando um todo. Portanto, pela teoria da unidade real, os diversos crimes em continuação são momentos ou atos de uma só ação ou omissão que a todos compreende. A unificação jurídica corresponderia à do fato único e indivisível.». (LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 444/445).

¹⁶ Na seguinte passagem: «Inclino-me pela teoria da unidade real, embora reconheça o predomínio da ficção jurídica, que resulta das fontes históricas do instituto. Não é o legislador quem empresta essa unidade à continuação. Esta é que lhe impõe, pela evidência, o reconhecimento de que corresponde a uma verdadeira realidade psicológica e humana.» (*Op. cit.*, p. 446).

¹⁷ Esse autor assim expõe sua posição: «Dentro do crime continuado, cada episódio no curso dos acontecimentos, é uma ação integral, um crime em si mesmo no seu aspecto objetivo e subjetivo. A unidade atribuída ao conjunto deve assentar também em uma unidade de fato resultante das circunstâncias que vinculam entre si as ações sucessivas e em uma unidade psíquica que compreende as várias realizações como um todo. Se cada fato partisse de uma resolução absolutamente autônoma, se não fosse cada uma dessas resoluções parciais simples desdobramento da resolução antecedente total, ou pelo menos de um plano ou programa inicial que previsse e projetasse os sucessivos episódios como elementos de um conjunto unitário, a construção do crime continuado como uma unidade de Direito seria uma estranha ficção jurídica, sem apoio na teoria do crime nem nas conveniências da política criminal. Na realidade o crime é um só e o que lhe atribui o indiscutível caráter unitário e, junto ao vínculo material que prende a sua realização objetiva, é a unidade do elemento psíquico. É essa unidade psicológica que serve de apoio à unidade jurídica. Não bastariam para reduzir os vários

Ainda nos autores contemporâneos à edição da Parte Geral anterior, BENTO DE FARIA vê no crime continuado uma infração única¹⁸.

É interessante observar que há um traço comum a todos estes autores brasileiros citados: a concepção de que a unidade delituosa se caracteriza sobretudo pela unidade de intenção. Há, para eles, entre as diversas condutas, um nexo de natureza psicológica a uní-las indefectivelmente.

Tal tese contrasta com o fato de que a unidade do elemento subjetivo (*resolução* ou *desígnio* criminoso), ainda que se o entenda como ato psíquico concebido *ab initio*, não é um elemento suficiente para determinar a unicidade das diversas condutas ilícitas¹⁹. Na doutrina italiana, PAGLIARO afirma a não identificação da resolução com o dolo (de resto, essencial na estrutura dos tipos dolosos). Atesta tal autor:

atos sucessivos a uma só figura delituosa simples elementos circunstanciais de tempo, lugar, modo de atuação e outros. Se essas circunstâncias valem para unificar os diversos movimentos delituosos, no fundo, é pelo que elas contêm em si mesmas de expressivo de uma só resolução total do agente; e, embora essa resolução ou plano prévio não se estenda desde o início a todos os fatos que venham a ocorrer, cada um destes deve integrar-se nele como uma das suas realizações.». (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Rio de Janeiro: Editora Nacional, s.d.e, p. 679)

¹⁸ Observa este doutrinador: «Note-se: o delito continuado foi concebido pela equidade dos Práticos. Com a reunião de diversas infrações numa só, visavam evitar fosse imposta a pena de morte ao terceiro furto, o qual podia ser, em si mesmo, um fato insignificante. Será uma ficção, ou corresponderá a uma especial maneira de delinquir, merecedora de ser contemplada na lei, independentemente do empírico escopo de mero expediente para a mitigação da pena, que o marcou ao surgir no campo do Direito? No debate que se tem travado a esse respeito, não hesitamos em alistar-nos entre os que entendem ser o delito continuado uma entidade real, uma particular manifestação delituosa, que reclama, da justiça, aplicação penal diversa da pura e simples acumulação, do concurso material. Outra coisa não pensam, sem dúvida, os partidários da teoria objetiva, pois querem que se inclua nos códigos, como o nosso, dispositivo destinado a regular a matéria. Resta-lhes então empregar algum método diferenciador, idôneo, perante o concurso material. Mas, como vimos, as «condições de tempo, de lugar, de maneira de execução», sendo de precário valor sintomático, não proporcionam as suficientes balizas. O delito continuado é uma realidade psicológica, que solicita tratamento à parte, não porque certas condições materiais das repetidas ações, revelando a sua eventual semelhança ou proximidade, porventura existente entre elas, aconselhem o juiz a considerá-las um fato só; mas sim porque elas constituem, efetivamente, um só fato delituoso, embora manifestado por múltipla atividade. E constituem um só fato delituoso porque se subordinam ao mesmo elemento subjetivo.». (FARIA, Bento de. *Instituições de Direito Penal*, São Paulo: Max Limonad, 1954, vol I, Tomo II, p. 514)

¹⁹ Com pequena variação essa é a posição de PAGLIARO, *Principi...*, cit., p. 612.

«A resolução originária, efetivamente, não pode se identificar com o dolo: é vontade precedente à realização. Menos ainda pode unificar crimes qualitativamente diversos entre eles.»²⁰.

Ainda, com arguta crítica à teoria da unidade natural, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON e VALLDECABRES ORTIZ atestam que a tese da unidade natural resulta de todo insustentável: afirmar que o crime continuado é, naturalmente, crime único, equivale a negar a evidência. Fala-se de crime continuado na medida em que não pode se falar de crime único²¹.

FROSALI, tendo como referência a redação original do Código italiano em vigor arrola uma série de argumentos para afastar a unidade, que são a seguir sintetizados e destacados: o Código fala em ações e o próprio sistema do Código considera ação o comportamento que dá vida ao crime, considerando-se, ao invés, simples atos, as partes de um comportamento em que se fraciona ou decompõe uma ação; o próprio art. 81 fala da *diversidade de violações*; aludindo ao elo unificador o próprio artigo refere que as diversas violações *se consideram como um só crime* e não se pode considerar um só crime aquilo que é *um crime*. Agrega, ainda, em desfavor da unidade real o fato de que a disposição regente da continuidade delitiva alude aos artigos anteriores dizendo-os não aplicáveis no regime do crime continuado. Não dispõem, diz, tais artigos precedentes, sobre unificação ou cisão de crimes, limitando-se a disciplinar a aplicação da pena em relação àqueles que, em virtude das regras gerais, são já diversos crimes. Por fim invoca os argumentos dogmáticos constantes da Exposição de Motivos (*Relazione al progetto definitivo di codice penale del 1930*)²².

2.1.2 Unidade Jurídica

Segundo tal teoria o crime continuado não se constitui numa unidade real. Entretanto, também não é mera ficção legal. É uma figura com contornos próprios e destina-se a fins determinados, constituindo uma realidade jurídica e não uma ficção.

²⁰ Op. e p. cit.

²¹ *Derecho Penal*, Parte General, Valência, Tirant lo Blanch, 1996, p. 709.

²² *Sistema Penale Italiano*, Turim, UTET, 1959, vol. II, p. 517.

Na doutrina italiana cabe destacar MASSARI como adepto de tal concepção. Para ele a disciplina do crime continuado (e também a do crime complexo e do crime progressivo) tem na sua disciplina uma expressão de realidade jurídica²³. Esse doutrinador busca razão para a unificação na lei e afirma que isso basta para fazer considerar o crime continuado como uma realidade posta no ordenamento jurídico²⁴.

ANTOLISEI-CONTI asseveram que o elemento determinante a sustentar a teoria da unidade (à qual aderem) é o liame ideológico²⁵. Não obstante isso, manifestam sua posição no sentido de que o crime continuado constitua uma *realidade jurídica*:

«Se tendo como base tal elemento (o desígnio criminoso) o direito considera as várias condutas unitariamente, ao ente que dele resulta não se pode negar o caráter de *realidade jurídica*.»²⁶

MIR PUIG afirma que, defendida na Alemanha, tal teoria admite que o crime continuado é uma criação do Direito, que, quando não prevista em lei (como na Alemanha, por exemplo), há de fundar-se no Direito consuetudinário. Não se admite a unidade real e nem a unidade de ficção baseada em unidade de desígnio. Faz-se suficiente sua admissão jurídica (ainda que consuetudinária), devido a razões de utilidade prática e em benefício do réu²⁷. Na doutrina italiana o nome de maior destaque a defendê-la é ALDO MORO. Este autor admite, inicialmente, que no crime continuado há uma pluralidade de crimes²⁸. Após, afirma-a como unidade legal²⁹.

²³ V., explicitando e criticando tal posição, LEONE, Del reato abituale... cit., p. 323.

²⁴ Cf. MORO, Unità e pluralità..., cit., p. 210.

²⁵ Op. cit., p. 454, afirmando: «Nel conflitto tra la tesi della fictio iuris sostenuta soprattutto dal Manzini e la tesi dell'unità adottata soprattutto dal De Marsico, abbiamo ritenuto di seguire la seconda.»

²⁶ Diritto Penale, cit., p. 454.

²⁷ A propósito, MIR PUIG, Derecho Penal, Parte General, Barcelona, PPU, 1996, p. 657.

²⁸ Unità e pluralità ..., cit., p. 209/210.

²⁹ No seguinte trecho destacado de sua obra: «Certamente nel caso di continuazione, sia com riguardo a questi efeti, sia com riferimento ad una certa naturalistica perdurante autonomia delle particolari estrisecazioni delittuose, può considerarsi l'unificazione como più aperta e leggera che non in altri di unità legale. Essa è tuttavia una unità, una unità legale.» (Op. cit., p. 213).

Também entre os doutrinadores da Itália se encontra oposição à adoção da postura, pela qual se defende uma unidade legislativa em derrogação aos princípios gerais. PAGLIARO, ainda uma vez, afirma que tal teoria contrasta com as regras de uma boa técnica cognoscitiva. Efetivamente, diz, seria forçada a configuração de uma derrogação da derrogação para todos os casos (e não são poucos) em que a continuação tem os efeitos jurídicos de uma pluralidade de crimes³⁰.

2.2.1 Concepção da Continuidade Delitiva como Unidade Fictícia

Para os partidários da ficção jurídica a unidade inexistente substancialmente, sendo parcial e aparente. Sua existência no crime continuado provém da vontade do legislador e não da realidade fática.

Na seqüência se mostra que há, também aqui, uma subdivisão conformada pela maneira como os autores impostam o tema: ficção absoluta (DELITALA) e limitada (LEONE). Na primeira a unicidade prevalece para todos os efeitos. Na segunda, somente para alguns deles.

O primeiro autor a delinear a concepção da ficção jurídica foi CARRARA³¹, sendo ela, após, desenvolvida por MANZINI. Este autor afirma ser o instituto do crime continuado fundado, indiscutivelmente, sobre uma ficção jurídica³². Sublinha, mais, que a vontade do Estado, impondo «considerar como um só crime» uma pluralidade de infrações penais, tendo como base uma excepcional valoração do desígnio criminoso, adotou uma noção em si mesma não verdadeira (crime único) de uma situação de fato exatamente conhecida na sua realidade (pluralidade de crimes). Criou, então, uma ficção jurídica, resultando esta ficção da transação entre a coerência lógica e a utilidade ou a equidade, sendo esta última a motivar a disposição previsiva do crime continuado. Em socorro do

³⁰ *Principi...*, cit., p. 612.

³¹ A propósito, afirmou: «Ahora bien, dada esta pluralidade de acciones, el rigor de los principios había requerido que al autor de las mismas se le imputasen todas como otros tantos y distintos títulos de delito. Conduciendo esto, por necesidad lógica, a una aglomeración de penas que podía ser exorbitante, los prácticos introdujeron la doctrina de la continuación, la cual tiene la benigna finalidad de considerar los diversos delitos como un solo delito continuado, a fin de aplicarles una imputación conjunta, más grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma resultante de la acumulación de las imputaciones debidas a cada infracción.» (*Programa de Derecho Criminal*, trad. argentina dirigida por SEBASTIAN SOLER, Buenos Aires: De Palma, 1944, p. 337).

³² MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Diritto Penale Italiano*. Turim: UTET, 1950, p. 632.

argumento da ficção este autor afirma que, fosse o crime continuado essencialmente único, não se explicaria o aumento de pena imposto pela previsão legislativa ou, ao menos, tal aumento deveria considerar-se como dependente de uma circunstância agravante, enquanto a continuação, ainda que não constitua uma circunstância atenuante, determina uma diminuição em relação àquela pena aplicável para o concurso material de infrações³³. Adeptos da *fictio juris* são, ainda, MAGGIORE³⁴ e MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN³⁵. SANTIAGO MIR PUIG, frisando a ampla aceitação da teoria na Itália, observa, equivocadamente, que a ficção se apóia na unidade de desígnio³⁶.

LEONE, um dos grandes delineadores e sistematizadores da teoria da ficção, afirma que a espécie encerra caso de ficção legal e não de unidade fictícia. Com recurso a De RUGGIERO, atesta que constitui ficção legal (*fictio*) aquele processo da lei ou da jurisprudência, mediante o qual se representa como existente aquilo que não existe ou não existente aquilo que existe, para conectar àquilo que se imagina determinados efeitos jurídicos, bem como para tornar possíveis tais efeitos que de um fato jurídico por si mesmo não surgiriam³⁷.

Na seqüência afirma, ainda, o mesmo autor, que o crime continuado pode ser compreendido entre as situações de ficção legal. Atuando no convencimento acerca disso concorrem três ordens de idéias: a) a formação histórica do instituto; b) a estrutura da norma que o disciplina e c) o procedimento de unificação³⁸.

Ainda, entre os autores italianos, a seguinte passagem de BETTIOL, que, aderindo à concepção ficcionista, trata de afirmar que deve a ficção ter confins bem delimitados:

Ninguém pode realmente negar que nos encontramos no crime continuado diante de uma pluralidade de lesões jurídicas (diversas violações), cada uma das quais remonta um processo executivo próprio... A ficção atua, porém, apenas em relação à pena, no sentido de que o crime continuado como crime único apenas para fins puni-

³³ Op. cit., p. 633.

³⁴ MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*, Parte Generale, Bolonha: Zanichelli, 1951, cit., p. 618.

³⁵ Frisam esses autores: «Realmente, el delito continuado es un ficción jurídica cuyo origen histórico se encuentra en la praxis jurisprudencial medieval de se considerar...» (*Derecho Penal, Parte General*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996, p. 486.)

³⁶ *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona: PPU, 1996, p. 657.

³⁷ *Reato abituale, continuato...*, cit., pp. 311/312.

³⁸ Op. e p. cit.

tivos, enquanto segue, em relação a todas as demais questões, a disciplina do concurso material de crimes.³⁹

A maioria dos autores brasileiros também aderiu à teoria da ficção. Entre eles, COSTA JÚNIOR, NORONHA, PIMENTEL, LEONARDO LOPES⁴⁰ e FREDERICO MARQUES. Deste último autor se destaca a passagem seguinte:

Como categoria jurídica seus traços (do crime continuado), se apresentam como o resultado de uma *fictio juris* destinada tão-só a evitar o cúmulo material de penas. Essa unificação que se operou entre delitos diversos não tira dos crimes em continuação o caráter de delitos em concurso material; só para os efeitos da sanção penal é que existe a aglutinação dos diversos delitos.⁴¹

Essa afirmação é coincidente com a de BETTIOL, emitida nos termos seguintes, restringindo as consequências da ficção:

«Trata-se, na essência, de uma pluralidade de crimes que são considerados como crime único apenas no tocante à pena».⁴²

Contudo, para além das afirmações de FREDERICO MARQUES⁴³ e de BETTIOL, nem só a evitar o cúmulo material de penas se destina o crime continuado. Ao limitar a continuação somente para alguns efeitos esses autores já intuía a concepção hoje predominante: a concepção pluralística da continuidade delitiva. Isso será objeto de destaque adiante, quando da tomada de posição.

Críticas foram também endereçadas à teoria da ficção, como, por exemplo, a seguinte de ANTOLISEI-CONTI:

A tese da *fictio* não parece, de fato, convincente porque não se pode dizer que a unidade entre as várias ações (ou omissões) que constituem o crime continuado, seja contrária à verdade, enquanto as ações mesmas não são na realidade das coisas distintas do todo: elas têm um elemento comum que as cimenta, mais precisamente

³⁹ *Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, vol. II, p. 314.

⁴⁰ Em seu *Curso de Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, JAIR LEONARDO LOPES afirma ser o crime continuado uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal (p. 218).

⁴¹ *in Tratado de Direito Penal*, Campinas Bookseller, 1997, v. II, p. 461.

⁴² Op. e p. cit.

⁴³ E, também, na doutrina brasileira, de LUIZ REGIS PRADO («O Código Penal brasileiro adota a teoria da ficção jurídica para efeitos de aplicação da pena.», in *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 282).

aquele fator intelectual e volitivo que é o desígnio criminoso. Se sobre esse elemento o direito considera as várias condutas unitariamente, ao ente resultante não se pode negar o caráter de *realidade jurídica*.⁴⁴

Tais autores afirmam, então, que o argumento determinante a sustentar a teoria da unidade real deve ser reconhecido no liame ideológico⁴⁵. Vê-se, contudo, pouca densidade na crítica. Ao invés de rebater a teoria da ficção o que fazem é somente reforçar a estruturação da unidade real na unidade de elemento interno a integrar as várias condutas.

Esta, entre as concepções em destaque, é a mais adequada. O crime continuado é ficção, não há dúvida. Contudo, como corretamente observado por LEONE, a ficção pode se manifestar de maneira mais ou menos plena. Citando, BERNHÖFT, afirma que na ficção ilimitada para o fato-base da ficção são transferidos os efeitos jurídicos do fato ficto sem limitações. Na ficção limitada, diferentemente, se transferem apenas certos efeitos jurídicos e o seu valor é limitado a algumas consequências jurídicas ou a um determinado grupo de consequências jurídicas⁴⁶.

Tem-se aí as diferentes impositões da questão através das consequências decorrentes da adoção de uma ou de outra vertente da teoria da ficção: absoluta ou relativa.

A teoria da ficção absoluta, para COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON e VALLDECABRES ORTIZ é inadmissível por conta de que resulta absolutamente incompatível com os princípios de Direito Penal civilizado agravar a condição do réu com base numa ficção mais ou menos arbitrária⁴⁷.

LEONE atesta ainda que o conceito de ficção limitada ou relativa se mostra plenamente adaptável ao instituto da continuação, no qual se destaca a equiparação da pluralidade de crimes à unidade para o fim específico de mitigação da pena⁴⁸.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 454.

⁴⁵ *Op. e p. cit.*

⁴⁶ *Del reato abituale...*, cit., p. 327

⁴⁷ *Derecho Penal*, cit., p. 710.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 328.

Lança, então, o limite ao tratamento unitário:

«Sempre que este tratamento de benignidade e equidade pode ser comprometido, se cinde a unidade ficta e se recompõem na sua existência independente, os vários crimes.»⁴⁹

Conclui-se, então, com LEONE que, sendo o crime continuado uma ficção legal, se trata de ficção limitada ou relativa. Lança-se assim, a base daquela que, modernamente, se convencionou chamar *concepção pluralística da continuidade delitiva*.

2.2.2 Concepção Pluralística da Continuidade Delitiva

Essa concepção pode ser vislumbrada como tendo suas raízes na teoria da ficção legal.

Segundo ela, as infrações em continuidade vão ser consideradas como únicas para determinados efeitos e como plúrimas para outros tantos. Isso em razão da própria *ratio* da continuidade. O critério a ser utilizado para adoção de uma outra forma de tratamento passa pela verificação prévia dos efeitos da postura em relação ao réu. Em tal sentido o magistério de FIANDACA-MUSCO:

«Aparece, portanto, ainda hoje, melhor sustentável a tese segundo a qual a própria *ratio* do instituto imponha considerar o crime continuado como crime único ou como uma pluralidade de crimes em função do caráter mais ou menos favorável dos efeitos que o acolhimento de um ou de outro ponto de vista tenha em relação à pessoa do réu.»⁵⁰

Essa posição é adotada pela maioria doutrinária italiana mais recente. A ela aderiram, inclusive, os unitaristas mais tradicionais ou os que lhes seguiram os passos⁵¹. Confirmam-na, entre outros, MANTOVANI:

Acerca da natureza jurídica do crime continuado... É a própria *ratio* do instituto que impõe considerar o crime continuado como um crime único para certos efeitos e como crime plúrimo para outros. Somente dessa forma é verdadeiramente possível garantir a ele, sob

⁴⁹ Op. e p. cit. Da mesma forma, COBO DEL ROSAL e ANTON: «Por consiguiente, de lege ferenda, en la medida en que se admita el delito continuado, habrá de hacerse en tanto ficción relativa, cuya operatividad resida, fundamentalmente, en sustraer determinadas hipótesis de pluralidad de delitos al rigor del sistema penológico del concurso.» (Derecho Penal, cit., p. 710)

⁵⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM, 1992, p. 611.

⁵¹ Assim, ANTOLISEI-CONTI, op. cit. pp. 454/455, admitindo que o direito positivo italiano trata o crime continuado como unidade somente para determinados efeitos.

todas as formas, aquele tratamento privilegiado que é imposto pela sua menor reprovabilidade geral. É isso o que faz, expressamente, a lei para alguns fins. Onde cala, o crime continuado será disciplinado como um só ou como vários crimes em conformidade com as conseqüências mais favoráveis de uma ou de outra disciplina.⁵²

Distintamente, PAGLIARO observa que, em caso de silêncio da lei, o crime continuado deve ser tratado como uma pluralidade de infrações⁵³.

AMBROSETTI, partindo da mesma linha de raciocínio, afirma caber ao intérprete a verificação em relação à consideração a ser dada ao crime continuado⁵⁴. Deixa, contudo, de oferecer critérios para a verificação.

Assim, é possível estabelecer que, segundo a concepção pluralística, o crime continuado é, para certas situações, uma única infração penal. Para outras, distintamente, será considerado como pluralidade de infrações. Isso é decorrência natural do fundamento do instituto: embasado prioritariamente como medida de política criminal, pode ser distintamente considerado, conforme o nível de limitação de direitos imposta ao réu.

Há a partir disso um questionamento inevitável: como ver se se deve dar tratamento como unidade ou pluralidade ao conjunto de infrações continuadas?

Para tal, a doutrina peninsular referida vai oferecer dois critérios, ambos partindo de uma idêntica referência inicial: o tratamento unitário onde a lei o determina. Agregue-se o seguinte raciocínio a continuidade será tratada como pluralidade de infrações também onde há determinação legal. Esse tratamento díspar é encontrado na lei brasileira na regência da aplicação das penas restritivas da liberdade (art. 71) e das penas pecuniárias. Na primeira hipótese considera-se a existência de unidade. Na segunda, há pluralidade.

⁵² *Diritto Penale*, cit., p. 502.

⁵³ Atesta o autor: «Gli effetti della continuazione sono, dunque, dove la legge tace, quelli caratteristici della pluralità di reati.» (*Principi...*, cit., p. 612).

⁵⁴ A propósito da nova formulação da lei penal italiana, suprimindo a consideração unitária do crime continuado, no art. 81, afirma esse autor que cabe ao intérprete verificar as situações em que o tratamento é de delito plúrimo e aquele em que se dá à continuidade de tratamento unitário. Destaque-se de sua obra o seguinte trecho: «L'assenza, però, nel nuovo testo dell'art. 81, c.p., dell'inciso secondo cui le distinte violazioni devono essere considerate come un solo reato, implica per l'interprete la necessità di verificare in quali ipotesi la qualificazione legislativa della continuazione sia unitaria, e in quali, invece sia pluralistica.» (*Problema attuali...*, cit., p. 6).

Verifica-se distinção de foco nas situações em que a lei silencia, com duas posições:

- 1ª) Onde a lei silencia deve a continuidade ser tratada como pluralidade de infrações.
- 2ª) Onde há omissão legal a continuidade deve ser disciplinada *pro reo*.

Agregue-se a essa segunda posição a seguinte observação: a consideração *pro reo* se dá tendo como parâmetro tratamento mais benéfico que aquele conferido ao autor de crimes em concurso material. Isso se verá nitidamente adiante, quando se tratar de algumas situações de tratamento unitário ou plúrimo enfrentadas pela *praxis*.

Em conformidade com a *ratio* do crime continuado, que objetivou, desde sempre, a atenuação da situação do réu, parece mais acertada a verificação parametrada na situação daquele: será considerada plúrima ou única a seqüência continuada de crimes em conformidade com os resultados mais favoráveis ao réu. A verificação desses resultados mais favoráveis terá como referencial o tratamento conferido ao concurso material.

Feitas tais considerações, tomado, então, o crime continuado como delito único em relação a algumas circunstâncias e como pluralidade de infrações em outras, cabe definir umas e outras situações.

No Direito brasileiro, no aspecto material, o crime continuado é considerado como crime único para o fim de fixação da pena. Destaque-se, entretanto, sua unidade também Em relação a questões processuais de extremo relevo. Assim, por exemplo, a unidade processual e a imposição ou manutenção de medida cautelar pessoal.

É, distintamente, considerado como pluralidade de infrações para os seguintes casos: verificação do termo inicial e do tempo necessário para o cômputo do prazo para a prescrição. Também deve ser vislumbrando como delito plúrimo para fins de verificação da decadência, de anistia e de indulto. No âmbito processual para o fim de concessão de fiança, além de cabimento da suspensão condicional do processo.

3 CONCLUSÃO

3.1 - No que concerne à natureza jurídica o crime continuado é ficção jurídica limitada ou relativa.

3.2 - Segundo a *concepção pluralística da continuidade* o crime continuado deve ser considerado único para certos efeitos e plúrimo para outros tantos.

3.3 - Em conformidade com a *ratio* do crime continuado, que objetiva a atenuação da situação penal do réu, será considerada plúrima ou única a seqüência continuada de crimes em conformidade com os resultados mais favoráveis àquele, sendo que a definição dessa situação mais favorável terá como referencial o tratamento conferido ao concurso material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTOLISEI, Francesco e CONTI, Luigi. *Manuale di Diritto Penale*. Milão: Giuffrè, 1987.

AMBROSETTI, Enrico Mario. *Problemi Attuali in Tema di Reato Continuato*. Pádua: CEDAM, 1991.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução brasileira de Paulo José da Costa Jr. e de Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, vol. 2.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Editora Nacional, s.d.e.

CHOCLÁN MONTALVO, José A. *El Delito Continuado*. Madri: Marcial Pons, 1997

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Tradução argentina dirigida por Sebastian Soler. Buenos Aires: De Palma, 1944.

COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T.S. e VALLDECABRES ORTIZ, Maria I. *Derecho Penal*, Parte General, Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

FARIA, Bento de. *Instituições de Direito Penal*, São Paulo: Max Limonad, 1954, vol I, Tomo II.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*: Parte Generale. Bolonha: Zanichelli, 1996.

FIORE, Carlo. *Diritto Penale*: Parte Generale. Turim: UTET, 1996.

FROSALI, Raoul A. *Sistema Penale Italiano*. Turim: UTET, 1959.

LEONE, Giovanni. *Del Reato Abituale, Continuato e Permanente*. Napoli: Nicola Jovene, 1933.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*, Parte Generale, Bolonha: Zanichelli, 1951.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di Diritto Penale Italiano*. Turim: UTET, 1950.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, Campinas Bookseller, 1997, v. II.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM, 1992.

MORO, Aldo. MORO, Aldo. *Unità e Pluralità di Reatti*. Pádua: CEDAM, 1954.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*. Parte Generale. Milão: Giuffrè, 1996.

PRADO, Luiz R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1996.

RISTORI, Roberta. *Il Reato Continuato*. Pádua: CEDAM, 1988.

TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1995.